



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance

Thiago Costa Strauch

Rio de Janeiro
2013

THIAGO COSTA STRAUCH

Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro em Direito em Responsabilidade Civil e Consumidor.

Professora Orientadora:

Maria de Fátima Alves São Pedro

Rio de Janeiro
2013

RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE

Thiago Costa Strauch

Graduado pela Universidade Estácio de
Sá. Advogado.

Resumo: Cada dia mais as vítimas de danos recorrem ao Poder Judiciário visando à reparação de seus prejuízos. Inúmeras são as situações na vida cotidiana em que, tendo em vista o ato ofensivo de uma pessoa, alguém se vê privado da oportunidade de obter determinada vantagem ou de evitar um prejuízo, o que muitas vezes pode vir a deflagrar a aplicação da teoria da Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance.

Palavras-Chave: Responsabilidade Civil. Perda de uma chance.

Sumário: Introdução. 1. A Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance no Direito Brasileiro. 2. Chances Perdidas como Nova Modalidade de Dano. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

Nesse mundo em permanente estado de reflexão e transformação, dentro de um contexto atual globalizado, é preciso conferir à responsabilidade civil, flexibilidade suficiente para assegurar a finalidade do instituto em estudo: o restabelecimento da ordem ou equilíbrio pessoal e social oriundos da ação lesiva, por meio da reparação dos danos morais e materiais. Desta forma, resta impossível uma teoria permanente sobre a responsabilidade civil, uma vez que esse instituto é dinâmico e se adapta conforme a evolução da civilização, e, conseqüentemente, com a evolução do direito.

O presente trabalho pretende demonstrar a importância da teoria da perda de uma chance na responsabilidade civil objetiva, utilizando-se principalmente de casos concretos para destacar esse instituto tão pouco enfrentado por doutrinadores e de raras decisões sobre esse assunto.

Para melhor abordagem sobre a matéria em questão se faz *mister* o viés constitucional contido no artigo 5º, da Carta Magna Brasileira, que assegura o respeito merecido aos princípios da isonomia e dignidade da pessoa humana. Sendo, por oportuno, de suma importância para o desenvolvimento deste trabalho, situar o instituto, com ênfase no ordenamento brasileiro, apresentando sua evolução histórica, conceito e características.

Na esteira dessas considerações, apresentaremos um estudo aprofundado dos alicerces para a aplicabilidade da responsabilidade civil na perda de uma chance, onde utilizaremos, como certame, a probabilidade de haver o resultado esperado e a certeza de prejuízo pelo dano ocorrido.

O estudo desenvolvido nesse trabalho tem ainda a pretensão de expor uma peculiar forma de reparação civil objetivando compensar o lesado e desestimular o agente com relação a outras condutas lesivas, restando apenas saber como mensurar os prejuízos sofridos.

A realização dessa pesquisa tem como já foi citado, o objetivo de divulgar e ampliar a utilização deste instituto. E, por esta razão, o presente trabalho traz a baila um estudo realizado com base em casos concretos no bojo da teoria da responsabilidade civil na perda de uma chance, com embasamento doutrinário brasileiro e jurisprudencial tendo por finalidade servir de material auxiliar nos estudos de futuros estudantes de Direito.

1. A RESPONSABILIDADE CIVIL POR PERDA DE UMA CHANCE NO DIREITO BRASILEIRO

O tema é de relevante interesse social, uma vez que insurgindo uma situação fática em que o indivíduo perde a chance de obter o lucro ou evitar um prejuízo em decorrência de evento danoso, terá direito a obter o que efetivamente perdeu e o que razoavelmente deixou de lucrar, ou seja, deverá ter a reparação proporcional dos danos.

Nesta esteira, sob a ótica jurídico-constitucional, o princípio da reparação integral dos danos tem grande virtude assegurar o direito da vítima de ser ressarcida de todos os danos sofridos, igualmente a reparação de danos morais, pois não tem como voltar à situação anterior.

Este princípio é, portanto, verdadeiro princípio de justiça que deverá sempre nortear a atividade do intérprete quando da necessidade de se aferir o que deve ser objeto de reparação na responsabilidade civil, segundo Sérgio Savi¹.

Apesar de reconhecido por grande parte da doutrina, principalmente as do Tribunal Gaúcho, há notícia de decisões judiciais que simplesmente ignoram a existência desse princípio. Isso pode se dar pelo fato de ser um princípio implícito e anteriormente previsto apenas no ordenamento infraconstitucional.

Segundo Maria Celina Bodin de Moraes², a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB, todavia, ao estabelecer a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da CRFB, artigo 1º, II e ao consagrar como objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária CRFB, artigo 3º, I, acabou fazendo uma interpretação extensiva ao transpor para o texto constitucional o princípio da reparação integral dos danos.

Portanto, o mais importante princípio da responsabilidade civil ressurgiu mais forte, mais eficaz, principalmente pelo fato de encontrar sua nova sede na Constituição Federal.

Esta “absorção” do Princípio da Reparação Integral dos Danos pela Constituição Federal pode parecer, à primeira vista, desprovida de eficácia prática. Todavia, por constar do texto constitucional, permitirá sua mais fácil aplicação, já que a Constituição Federal, como

¹ SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo, 2006. p. 87.

² MORAES *apud* SAVI, p. 87.

sabemos, está no ápice do sistema e deve nortear sempre a atividade do operador do direito, como preconiza Luis Roberto Barroso³.

A Teoria da Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance, por mais estranha e obscura que possa parecer, e ainda que recentemente aceita no ordenamento jurídico brasileiro, está mais presente em nosso dia-a-dia do que podemos imaginar. A temática estará quanto à inserção da teoria, como modalidade de lucro cessante e/ou de dano emergente.

Destarte, vale notar, que a distinção entre quais dos supramencionados institutos se enquadraria à teoria, é mero amor ao debate, mas relevante será, no que diz respeito aos requisitos para sua aplicabilidade, critérios de probabilidade e o lucro suposto ou prejuízo evitável. Sendo certo que, se tratando de uma ação com cognição declaratória, caberá ao autor suportar o *ius probandi*.

A mera expectativa de uma chance ou oportunidade, por si só, não será passível de responsabilidade, que por via de consequência não comportará o dever de indenizar, devendo, portanto, o indivíduo que chamaremos de lesado, comprovar o nexo causal, ou seja, ato ilícito e dano experimentado com a real chance do lucro que obteria se não houvesse evento danoso.

A real chance tem uma razão de ser, por concordância de renomados doutrinadores, que entendem a probabilidade com menos 50% de chance da situação pretérita se concretizar a favor do lesado, devendo salientar, que a reparação aplicada por esta teoria deverá sempre ter um valor inferior ao do esperado, por se tratar de uma pretensão resistida por uma circunstância alheia a sua vontade, com uma garantia ficta.

Essa garantia será ficta, pois se fosse certa estaríamos debatendo uma situação hipotética perfeitamente viável e sim o que de fato ocorreu, passando então a hermenêutica tradicional do estudo da responsabilidade civil.

³ BARROSO *apud* SAVI, p. 88.

Na França, onde a teoria da responsabilidade civil por perda de uma chance é amplamente discutida pela Doutrina e adotada pelos Tribunais, a responsabilidade civil se funda em uma cláusula geral prevista no artigo 1382, do Código Civil Francês. O conceito de dano previsto neste dispositivo legal é o mais amplo possível, abarcando em sua vasta amplitude todas as espécies de danos, dentro deles, o dano de perda de uma chance.

Na Itália, a regra geral da responsabilidade extracontratual está prevista no artigo 2043, do Código Civil Italiano.

O Código Civil Brasileiro, elaborado sobre forte influência do Código Civil Francês, transpôs para o ordenamento jurídico brasileiro um sistema de responsabilidade civil muito parecido com os sistemas franceses e italianos.

2. CHANCES PERDIDAS COMO NOVA MODALIDADE DE DANO

A forma de reparação civil de acordo com o nosso ordenamento tem várias formas de ser promovida ao agente que sofreu a perda.

Como forma pecuniária a existente é a indenização. A que diz respeito ao dano moral, deve compensar o agente que sofreu o dano e perdeu a sua chance a desestimular os agentes quanto a outras condutas ou omissões lesivas. A outra que diz respeito ao dano material, deve ressarcir os prejuízos sofridos, que são os lucros cessantes.

Tanto nos casos de lucros cessantes, como nos casos de perda de uma chance restará sempre a dúvida sobre se algum outro evento fortuito não teria impedido que aquela esperança fundada se realizasse. Além disso, para o reconhecimento de ambas as espécies de dano serão necessárias aplicar critérios de probabilidade, sendo a prova da certeza do dano, uma prova de verossimilhança. A diferença consiste no fato de o dano da perda da chance ser uma espécie de dano emergente, já que no momento do ato ilícito, a chance já existia no patrimônio da vítima, sendo algo que ela efetivamente perde no momento do ilícito e não algo

que ela deixa de lucrar. Como o valor da indenização por lucro cessante será sempre superior à vítima da chance perdida, entendemos que em uma ação indenizatória desta natureza o autor deva formular pedidos alternativos. O primeiro de indenização pelos lucros cessantes e, alternativamente, para o caso do juiz não entender pela certeza, ainda que relativa dos lucros cessantes, de indenização pela perda da chance.

Não é mansa e pacífica na doutrina pátria o entendimento da perda de uma chance como dano certo determinado, pois insistem ainda alguns autores em não admitir a cisão entre a possibilidade de ganho ou de se evitar um prejuízo com o resultado final.

Para os adeptos da corrente tradicional, como inexistente possibilidade de se determinar qual seria o resultado final, não se cogita em dano pela perda da chance, pois esta recai na seara do dano hipotético, eventual.

Acentua-se que a oportunidade de ganho ou de se evitar um prejuízo, por si só, já é incorporada no patrimônio jurídico do indivíduo, sendo assim, a sua violação ensejará indenização, restando equivocada a afirmativa de vincular a chance perdida com o eventual resultado final.

Pode-se dizer, com toda a convicção que a chance não pode ser analisada como perda de um resultado favorável, mas sim como a perda da possibilidade de angariar aquela vantagem.

Por derradeiro, observa-se no que tange as chances perdidas, apesar das diversas tipificações estipuladas – seja como dano emergente, lucro cessante ou até mesmo dano moral torna-se possibilitada a interpretação de que, havendo uma oportunidade perdida, desde que séria e real, ela integrará o patrimônio da vítima, possuindo valor econômico, e, assim, podendo ser indenizada.

Além de ser um princípio basilar da cláusula geral de responsabilidade civil, destaca-se no ordenamento jurídico pátrio um segundo dogma basilar: o da proteção integral dos danos.

É uma derivação do mandamento constitucional, como se depreende da leitura do artigo 5º, incisos V e X da CRFB. Logo, salienta-se que a busca incessante da reparação de danos, como dogma constitucional, abraça também as hipóteses das chances perdidas.

Vale dizer que não existe, nenhuma norma expressa quanto à reparação da perda de uma chance. Porém, *sob judice* do princípio da reparação integral dos danos, a vítima não poderá suportar os prejuízos, mesmo que provenientes de perda da oportunidade de obter uma vantagem.

Por fim, cumpre observar que dentro da evolução dos conceitos e elementos da responsabilidade civil, a teoria da *perte d'une chance* encaixa-se satisfatoriamente, pois também tem por fundamento a reparação dos prejuízos que outrora não se admitia, seja porque a análise era vinculada estritamente à conduta culposa, seja pela não utilização das melhores técnicas para avaliação do dano.

A maior dificuldade desta teoria consiste na quantificação da indenização, a qual deverá ser feita de forma equitativa pelo juiz do caso concreto. Na maioria dos casos será uma tarefa difícil determinar o valor da chance perdida, mas isso não pode ser motivo para negar a indenização. Como nos casos dos danos extrapatrimoniais que também são de difícil quantificação e nem por isso os tribunais deixam de indenizá-los.

Há, contudo, algumas premissas que devem ser observadas quando da fixação da indenização pela perda de uma chance. A primeira consiste no fato de que no momento de sua perda, a chance tem um certo valor que, mesmo sendo de difícil determinação, é incontestável. E é o valor econômico desta chance que deve ser indenizado, independentemente do resultado final que a vítima poderia ter conseguido se o evento não a

tivesse privado daquela possibilidade. A segunda premissa consiste em que a indenização da perda da chance jamais poderá ser igual ao benefício que a vítima obteria se não tivesse perdido a chance de lucro terá sempre um valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. O juiz, para encontrar o valor da indenização, deverá partir do dano final e fazer incidir sobre este o percentual de probabilidade de obtenção da vantagem esperada. É importante destacar que haverá casos em que não será possível atribuir um conteúdo *patrimonial* à possibilidade de obter uma determinada vantagem, seja pela natureza da vantagem, seja pelas próprias características da chance perdida. Nestes casos, muitas vezes o ato que faz com que a vítima perca a chance de obter uma vantagem, também gera danos extrapatrimoniais e, nestes casos, o juiz levará em consideração a chance perdida como um *agregador*, uma forma de majorar a indenização por danos morais.

A doutrina italiana, considerada por muitos autores como a responsável por delimitar os parâmetros para a admissibilidade da teoria, durante anos esbarrava na ideia de que a indenização pela perda de uma chance se enquadraria na hipótese de lucro cessante, sendo impossível mensurar a probabilidade do dano, pois a chance não é sinônima de certeza.

O autor *Adriano de Cupis* é considerado como o primeiro autor que compreendeu corretamente a teoria. O ilustre autor estipula que o dano pela chance perdida é distinto do resultado final, portanto espécie de dano emergente, e não de lucro cessante.

Logo, ao modificar o enquadramento jurídico da perda de uma chance para dano emergente, *de Cupis* consegue, de maneira muito mais tranquila, a admissão de indenização do dano ocorrido.

Sérgio Savi ao comentar os pensamentos de Adriano de Cupis⁴ afirma que ao considerar o dano da perda de uma chance como um dano emergente, consistente na perda da

⁴ DE CUPIS *apud* SAVI, p. 10 e 11.

chance de vitória, eliminam-se as dúvidas acerca da certeza do dano e da existência do nexo causal entre o ato danoso do ofensor e o dano.

Outra importante contribuição do autor italiano foi a ponderação de que a chance de vitória terá sempre valor menor que a vitória futura, o que refletirá no montante da indenização. Além dessa consideração afirma também que nem todos os casos de perda de chance serão indenizáveis.

Um aspecto de fundamental importância para a aplicação da teoria é de como se provar a chance perdida, ou seja, como demonstrar, de fato, que uma oportunidade foi perdida afim de que se possa pleitear a devida reparação.

Para o *Bocchiola*⁵, citados por SAVI devem ser aplicados critérios de aproximação, de probabilidade e de normalidade. Sendo assim, tanto nos casos passíveis de lucros cessantes como nos de perda de uma chance, a prova da certeza não poderá ser mais do que uma prova de verossimilhança.

Diante da real dificuldade em se comprovar o possível resultado obtido é que a chance perdida deve ser encarada como um dano emergente, um dano presente, o qual seria mais facilmente comprovado. A chance deve ser considerada como uma espécie de propriedade anterior do sujeito que sofre a lesão. Sendo assim, dado que o fato danoso não se repercute sobre uma vantagem a conseguir, mas sobre uma entidade já existente e pertencente á vítima, exorcizada estará a incerteza sobre o dano.

Frise-se que, não é qualquer possibilidade perdida que obrigará o ofensor a ressarcir o dano. A doutrina, bem como a jurisprudência, entende que somente será indenizável a chance perdida, quando a vítima comprovar que a probabilidade de se conseguir a vantagem esperada for superior a 50% (cinquenta por cento). Não comprovando, deve o juiz considerar não provada a alegação da vítima, julgando improcedente o pedido de indenização.

⁵ BOCCHIOLA *apud* SAVI, p. 13.

Sérgio Savi, ao sintetizar o quanto pesquisado pelos ilustres autores italianos, assim considera a admissibilidade da teoria:

- a) a chance, desde que com uma probabilidade de sucesso superior a 50%, pode ser considerada um dano certo e, assim, ser indenizável;
- b) será indenizável como dano emergente e não como lucro cessante;
- c) a certeza de tal dano será valorizada segundo um cálculo de probabilidade.

Portanto, obedecidos aos requisitos sustentados pela doutrina italiana, não restam dúvidas da plena admissão e aplicação pelo Direito da responsabilização pela perda de uma chance. Sendo assim, para delimitar o valor da indenização, deve-se fazer um juízo de valor de maneira equitativa, buscando encontrar a melhor solução para a lide, atentando para o valor do benefício que a vítima conseguiria na hipótese de atingir o resultado esperado, porque o valor da indenização jamais poderá ser igual ou superior ao que receberia caso não tivesse sido privado da oportunidade de obter uma vantagem determinada.

CONCLUSÃO

No direito brasileiro neste início do terceiro milênio predomina a tese da responsabilidade civil objetiva ou sem culpa provada, como denotam dois grandes seguimentos legislativos no direito público e privado expressos nos artigos 37, §6º da CRFB/88 e 12 e 14 da Lei 8.078/90, enriquecidos, no entanto, pelas teorias subjetivas, da inversão do ônus da prova e ecléticas, dentre as quais a teoria da perda de uma chance. Na análise do caso concreto em sede de responsabilidade civil, afigura-se indispensável à identificação do nexa etiológico ligando a conduta censurável do agente, como causa necessária à produção do resultado, dano injusto ou prejuízo perpetrado a pessoa inocente. A conduta censurável consiste na falta jurídica de diligência ou prudência. Considera-se como pessoa inocente a que não deu causa ao fato. O dano ou prejuízo material ou moral causado a

pessoa inocente não mais se compreende como violação de um interesse juridicamente protegido, em razão da proteção do bem imaterial ou moral, a partir da exigência constitucional de respeito à vida, à liberdade, dignidade da pessoa humana e da propriedade (artigos 1º,III, 5º, caput, X e XXII da CRFB/88). A teoria da perda de uma chance exsurge revitalizada no contexto atual como instrumento indispensável à realização da Justiça por três razões básicas. Primeira, o estudo do caso permite a identificação do dano injusto ou prejuízo causado resultante da conduta censurável do agente em fato já consumado pela perda de uma chance ou possibilidade de sucesso em pretensão séria e razoável, garantido como interesse juridicamente protegido. O pressuposto fático da perda de uma chance configura na ordem jurídica dano ou prejuízo injusto de ordem material ou moral causado por falta de diligência e prudência do agente e fato já consumado de probabilidade certa, não hipotética. Segunda, na reparação do dano certo causado pela perda de uma chance, arbitrar-se-á a indenização em valor correspondente a esse efetivo prejuízo, que não se confunde com a indenização por dano ou prejuízo, que não imputável ao demandado, como por exemplo, de caso de omissão médico-hospitalar pela demora no atendimento do paciente em situação de emergência e de possível salvamento ou erro grosseiro de diagnóstico, resultado afinal, em dano mais grave ou morte. Terceira, na aplicação da teoria da perda de uma chance, no caso concreto, impõem-se uma quantificação minorada da indenização ou reparação material ou moral (artigo 944, parágrafo único, do Código Civil), considerado os elementos seguintes: a intensidade mínima da falta não intencional ou culposa, por negligência, imprudência ou imperícia, notadamente, leve ou levíssima (artigo 186 do Código Civil/02). Igualmente, nas teorias objetivas ou sem culpa provada, abrangendo a consumerista (artigos 37 §6º da CRFB/88 ou artigos 12 e 14 da Lei 8.078/90, etc); os danos ou prejuízos materiais ou morais perpetrados pela perda de uma chance reclamam quantificação muito inferior à que seria aplicada pela prática de mal maior perpetrada por falta intencional ou pesada, na expressão do dolo direto ou indireto; a

quantificação dos danos ou prejuízos deve ser proporcional à gravidade da falta jurídica e do prejuízo causado pelo fato consumado da perda de uma chance, nem sempre correspondente ao mau maior, se existente, porém causado por fato não imputável ao demandado, considerando, ainda, as circunstâncias fáticas para compatibilizar o valor da indenização ou reparação com a expressão axiológica do interesse jurídico violado (*perte d'une chance*), nas perspectivas dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade, equidade e justiça.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5 ed. Editora Malheiros. São Paulo.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 11 ed. Ver., aum. e atual. De acordo com o Novo Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002). – São Paulo: Saraiva, 2005.

SAVI, Sérgio. *Responsabilidade Civil por perda de uma chance*. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SILVA, Rafael Peteffi. *Responsabilidade Civil pela Perda de uma Chance*. São Paulo: Editora Atlas, 2007.